

Tilburg University

Moraal zit in onze genen

Gommer, H.

Published in:

Trema: Tijdschrift voor de rechterlijke macht

Publication date:

2010

Document Version

Peer reviewed version

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):

Gommer, H. (2010). Moraal zit in onze genen. *Trema: Tijdschrift voor de rechterlijke macht*, 2010(1), 11-16.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Moraal zit in onze genen

Hendrik Gommer*

Inleiding

Tijdens de Summercourse van dit jaar, die georganiseerd werd door de SSR, leidde ik op de maandagavond een discussie met de deelnemende rechters over het begrip ‘rechtsgevoel’. Waar komt deze notie vandaan? Kunnen we vertrouwen op ons rechtsgevoel of moeten rechters de rationeel geformuleerde wetten klakkeloos volgen? Waar zijn die wetten eigenlijk op gebaseerd? Veel vragen die opgeroepen werden door het arrest van de Onwaardige Deelgenoot.¹ Een zaak waarbij een zekere L. in het huwelijk was getreden met een vermogende weduwe. Vijf weken later vermoordde hij de weduwe.² De vraag die in het arrest centraal staat is: ‘Mag L. zijn deel van de boedel behouden?’ Het gerechtshof heeft daarover in het arrest gesteld dat het ‘stuitend voor het rechtsgevoel’ zou zijn als L. zijn deel zou mogen houden (r.o. 5.18). In de motivering van de Hoge Raad komt deze duiding niet meer voor. De Hoge Raad verklaart dat het deel van de boedel niet aan L. toekomt omdat dit strijdig zou zijn met het beginsel van redelijkheid en billijkheid. De Hoge Raad past daarbij art. 6:2 lid 2 BW toe op art. 1:100 lid 1 BW, ook al betreft het eerste artikel een verhouding tussen schuldeisers en schuldenaren. Soeteman stelt later dat op deze manier niemand meer weet wat de rechtsgrond is.³ Lex Dura meent zelfs dat de Hoge Raad zich door zijn rechtsgevoel heeft laten foppen.⁴

Op de avond ontspon zich een rechtspositieve discussie over de vraag of art. 6:2 lid 2 BW wel van toepassing kan zijn op een situatie waarbij L. het deel dat hem juridisch toekomt, wordt afgenomen. Een deelnemer reageerde ronduit verontwaardigd, bijna boos: ‘Als ik als rechter in zo’n situatie in het voordeel van L. zou moeten besluiten, zou ik me afvragen wat het vak van rechter nog inhoudt.’ De emotie was een aanwijzing dat wij naast onze erkende schriftelijke rechtsbronnen een minder rationele rechtsbron erkennen: een moraal die vanuit onze tenen (of liever vanuit ons lymbisch systeem) komt. Kun je van een rechter verwachten dat hij tegen die moraal in gaat? Het overgrote deel van de aanwezige rechters vond van niet, daarin gesterkt door mijn presentatie van die middag waarin ik liet zien dat biologische factoren een belangrijke rol spelen in onze waardering van wat recht is.

In dit artikel zal ik proberen vanuit biologisch perspectief een antwoord te vinden op de vraag waar het rechtsgevoel vandaan komt. Daartoe bespreek ik eerst kort de werking van onze genen en hoe deze zich handhaven. Dan zal blijken dat het aanpakken van free riders⁵ een belangrijke menselijke eigenschap is, die feitelijk het bestaan van rechters legitimeert.

Vervolgens zal het arrest van de Onwaardige deelgenoot gespiegeld worden aan het begrip rechtvaardigheid zoals dat vanuit biologisch perspectief geformuleerd kan worden.

Het wezenlijke verschil tussen mens en mier

* Dr. Mr. H. Gommer is o.a. docent rechtsfilosofie en staatsrecht aan de UvA en docent Encyclopedie van het Recht aan de UvT. Hij studeerde biologie en rechten en ontwikkelde een cursus rechtsbiologie die met ingang van september 2009 aan excellente studenten van de UvT gegeven wordt.

¹ Hoge Raad 7 december 1990, NJ 1991, 593.

² Het betreft hier een privaatrechtelijk arrest. L. was eerder strafrechtelijk veroordeeld voor de moord. Voor het voorbeeld gaan we ervan uit dat L. inderdaad schuldig was.

³ A. Soeteman, ‘De onwaardige deelgenoot’, *R&R* 1993.

⁴ Lex Dura, ‘Het rechtsgevoel’, *Vrij Nederland* 18-4-1992.

⁵ Een free rider is iemand die meer neemt dan hij conform de regels van de groep zou verdienen.

Als een krantenartikel kopt dat de moraal in onze genen zit, wat wordt er dan eigenlijk bedoeld?⁶ In onze genen zitten toch alleen maar moleculen? Dat is juist. Moleculen die reageren met andere moleculen en op die manier proteïnen produceren. Ze kunnen zich ook repliceren, dat wil zeggen dat ze zich kunnen vermenigvuldigen. Genen hebben geen doel, ze vermenigvuldigen zich of gaan verloren. Moraal is slechts een middel waardoor sommige genen, die het navolgen van groepsregels mogelijk maken, zich kunnen verspreiden. Ze vormen als het ware een bescherming voor deze genen, net als de celwand als gevolg van andere genen ontstaat, waarna de genen zich veilig kunnen repliceren. Die genen blijven dan bestaan.⁷ Genen die zich het best verspreiden, mede dankzij het organisme dat zij om zich heen creëren als vehikel, weten zich te handhaven.⁸ Genen die het niet lukt om zich te verspreiden, verdwijnen weer of raken sterk in de minderheid. Dit is een puur chemisch proces. Zoals waterstof en zuurstof met elkaar reageren op het moment dat ze met elkaar contact komen, zo blijven genen over die stabiel blijven en zich vermenigvuldigen. Dit is de kern van de moderne evolutiebiologie. Het draait niet om het voortbestaan van de soort of het individu, maar om het voortbestaan van het gen.

Een organisme met relatief weinig zenuwcellen is de mier. De mier kan beschouwd worden als een beschermend vehikel dat ontstaan is door genen die zich dankzij dit organisme konden verspreiden. Nu is er een soort mier die zich gedraagt als in een duister sprookje.⁹ De koningin van deze soort weet zich te vermenigvuldigen door een grote mierenkolonie binnen te sluipen en de koningin van die kolonie te doden door haar de kop af te bijten. Vervolgens neemt de insluipster de plaats van de gedode koningin in. De werksters van de kolonie hebben niets in de gaten en verzorgen voortaan, met grote inzet, de nakomelingen van de insluipster. Net als in het geval van de genen die zich verspreiden ten koste van andere genen, kan men deze situatie beschouwen als een reeks feitelijke gebeurtenissen. De insluipster heeft geen gedachten. Zij volgt het programma van het beperkte neurale netwerk. Er is voor haar geen ontkomen aan. De genen die ten grondslag liggen aan het neurale netwerk van deze mier, blijven bestaan doordat dit programma blijikbaar werkt.

Mensen hebben de neiging om zich te identificeren met de werksters van de kolonie. De mieren werken hard, werken perfect samen, werken aan uitbreiding van hun kolonie. Hun koningin/moeder maakt deze samenwerking mogelijk en de werksters zijn zelfs allemaal directe afstammelingen van de koningin. Dan komt er een boze heks en die vermoordt de moeder op gruwelijke wijze en maakt misbruik van de arme werksters. Zo'n heks verdient zonder meer de doodstraf.

Het bijzondere van mieren is dat zij samenwerken doordat een groot deel van hun genen identiek is (75%), terwijl zij zichzelf alleen kunnen voortplanten via de koningin. Hun genen blijven voortbestaan als ze ervoor zorgen dat de koningin zich blijft reproduceren. De samenwerking vindt plaats op grond van eenduidige mechanismen: eenvoudig neurale netwerk, grote genetische verwantschap en reproductie via één koningin. Met enige fantasie zou men een mierenkolonie kunnen zien als één organisme, waarbij de koningin als geslachtsdeel fungeert.

Een nog betere samenwerking vindt plaats tussen lichaamscellen. Lichaamscellen hebben geen neurale netwerk, zijn voor 100% genetisch identiek en reproduceren zich uiteindelijk

⁶ 'Moraal zit in onze genen', Algemeen Dagblad 8 september 2009.

⁷ In feite zijn de genen die wij als mensen gemeenschappelijk hebben met de meeste andere organismen, precies de genen die zorgen voor de instandhouding van de cel. Het zijn de genen die al miljarden jaren bestaan.

⁸ R. Dawkins noemde dit 'replicators', organismen kun je beschouwen als replicatiemechanismen ten behoeve van de genen die de blauwdruk zijn voor deze replicators. R. Dawkins, *The Selfish Gene*, Oxford: Oxford University Press 2006.

⁹ E.O. Wilson, *The Insect Societies*, Cambridge: Harvard University Press 1971.

alleen via de geslachtscellen. De specialisatie binnen het lichaam is enorm. De cellen hebben allerlei verschillende functies en de cellen zijn zeer altruïstisch. Zo offeren zich dagelijks duizenden witte bloedlichaampjes op in het voordeel van andere lichaamscellen, opdat die laatste overleven. De witte bloedlichaampjes bevatten dezelfde genen als de andere lichaamscellen. Ook al offeren zij zich op, hun genen blijven bestaan. Dit principe geldt ook voor de andere lichaamscellen. Hun genen wordt doorgegeven door de geslachtscellen, waarna alle andere lichaamscellen uiteindelijk afsterven. Dit offer dat de lichaamscellen brengen weegt vanuit genetisch oogpunt op tegen het voordeel dat de geslachtscellen nieuwe, gezonde nakomelingen produceren. Mits het aantal nakomelingen groot genoeg is, blijven alle genen op deze wijze bestaan.

De menselijke gemeenschap kent weer een andere basis. De genetische verwantschap tussen broers en zussen is nog wel 50%, maar binnen een samenleving is die verwantschap aanzienlijk kleiner. Individuen kunnen zichzelf voortplanten en het neurale netwerk is erg gecompliceerd. Samenwerking is dus op het eerste gezicht helemaal niet nodig. Een individu kan zichzelf wel redden en voortplanten. Maar individuen zijn ook kwetsbaar. Ze kunnen gemakkelijk overvallen worden en gedood worden. Ze kunnen zich veel minder goed verdedigen dan groepen die zich organiseren. Mensen die samenwerken, kunnen zich bovendien specialiseren en op die manier bijvoorbeeld wapens laten maken door een smid, die vervolgens gehanteerd worden door een soldaat. De mens is evenzeer een individualist als een sociaal wezen. Hij heeft zich als soort zo kunnen verspreiden door samenwerking en specialisatie.¹⁰ Genen die deze complexe samenwerkingsverbanden mogelijk maakten, vermoedelijk zijn de genen die spraak mogelijk maakten daarbij erg belangrijk geweest, hebben zich kunnen verspreiden over de aarde.

De mens heeft een aantal essentiële eigenschappen die het mogelijk maken dat hij ondanks de geringe genetische verwantschap complexe samenwerkingsverbanden kan vormen. Volgens de bio-antropoloog Dunbar is daarvoor de grote neocortex van de mens van doorslaggevend belang.¹¹ De grootte van onze hersenen maakt het mogelijk om mensen die uitsluitend voor hun individuele voortplanting gaan, te ontmaskeren. Dit maakt het vervolgens mogelijk om dergelijke 'free riders' aan te pakken. Ze kunnen tot terugbetaling gedwongen worden, uit de groep gezet worden of op een andere wijze gestraft worden. Als individuen immers uitsluitend voor hun eigen belangen gaan, is samenleven niet meer mogelijk, valt de samenleving uit elkaar, kunnen mensen zich niet meer specialiseren. Dan kunnen ze zich moeilijker verdedigen tegen aanvallers, kunnen ze niet meer voldoende voedsel produceren en ontstaan stammenoorlogen. Anders dan Hobbes veronderstelt, is deze laatste situatie echter geen 'natuurtoestand'.¹² De neiging tot samenwerking is een essentiële eigenschap van de mens. Ook zonder staat zou de mens gaan samenwerken, domweg omdat genen die deze samenwerking bevorderen onderdeel uitmaken van ons DNA. De mens heeft een predispositie tot het vormen van grote samenwerkingsverbanden, hij kan domweg niet anders. Als een staat omvalt, zal de mens op zijn minst blijven samenwerken in groepen van 150 personen, aldus Dunbar.¹³

Moraalbiologie als rechtsbron

¹⁰ Zie voor een nadere uitwerking bijv. H. Gommer, 'Normen als uitkomst van natuurlijke selectie', *NJB* 2009, p. 1327-1331.

¹¹ R.I.M. Dunbar, 'Brains on Two Legs', in: F.B.M. de Waal, *Tree of Origin*, Cambridge: Harvard University Press 2001.

¹² Thomas Hobbes, *Leviathan*, XIII, 135-143

¹³ Zie bijv. H. Gommer, 'From the 'is' to the 'ought': a biological theory of law' (nog niet gepubliceerd).

Na deze korte introductie in de rechtsbiologie kan een verklaring gegeven worden voor het feit dat rechters in de zaak van de Onwaardige Deelgenoot rechtspositieve overwegingen terzijde leggen of op zijn minst op een creatieve manier inzetten. Tijdens de discussie vroeg ik de groep ervaren rechters wat de dieperliggende gedachte achter de beslissing geweest zal zijn. Onmiddellijk kwam het beginsel ‘de bloedige hand erft niet’ naar boven. Maar in het geval van L. was er geen sprake van een erfenis. De helft van de boedel was vijf weken voor de moord al zijn eigendom geworden. Het eigendom werd hem *afgenomen*. ‘Maar het principe is toch hetzelfde,’ werd geopperd. Of je iemand vermoord, vlak voordat je zijn vermogen inneemt of vlak erna, is geen wezenlijk verschil. En daar werd mijns inziens de kern van de zaak geraakt. Vanuit rechtspositief oogpunt is er een wezenlijk verschil, vanuit biologisch perspectief is er praktisch geen verschil. De gemeenschap kan bestaan doordat mensen die zich niet aan de groepsafspraken houden, gedwongen kunnen worden tot het compenseren van de schade of, als dat niet mogelijk is, gestraft kunnen worden. Op die manier is misbruik van de gemeenschap niet winstgevend. Iemand die gebruik maakt van de specialisten van de gemeenschap, de veiligheid en voedselvoorziening van de gemeenschap, moet leven naar de regels van die gemeenschap. Wil hij dat niet, dan wordt hij uitgestoten, omdat een gemeenschap die free riders toelaat niet kan bestaan. De individuen van een dergelijke gemeenschap sterven uit en hun genen verdwijnen. Vanuit rechtsbiologisch oogpunt is L. iemand die fundamentele grondslagen van een samenleving ondermijnt. Hij doodt een lid van de gemeenschap.¹⁴ Zijn kansen op het verspreiden van zijn genen worden aanzienlijk vergroot door het in bezit nemen van het vermogen van de weduwe en het vervolgens vermoorden van de oude, niet vruchtbare vrouw. Dit ten koste van de biologische verwanten, de erfgenamen, van deze vrouw.

Rechters zijn aangesteld door de gemeenschap om conflicten te beslechten. Als het kan door verzoening of schikking, als het moet door vergelding. Zij zijn degenen die namens de gemeenschap de free riders lik op stuk geven, zodat de stabiliteit van de gemeenschap in stand blijft en de samenwerkende leden van de gemeenschap er ook individueel beter van worden. Rechters leren dat ze zich aan de wettelijke regels moeten houden bij hun beslissingen, juist omdat zij door de gemeenschap zijn aangesteld om overtreders van de groepsregels te berechten. Zouden ze hun individuele belangen nastreven, dan zouden ze tot een free rider worden, die juist namens de gemeenschap uitgebannen moet worden. De rechter moet dus rechtspreken naar de wet. Echter, naast de wet heeft de rechter ook een diepere moraal gemeen met andere leden van de samenleving. Een moraal die wellicht zozeer deel is van het mens-zijn, dat de rechter die deelt met praktisch alle andere mensen. Als de rechter deze moraal laat meewegen in zijn beslissingen, dat spreekt hij nog steeds namens de gemeenschap recht, ook al gaat hij daarmee tegen het positieve recht in.

Rechtsonzekerheid

‘Maar dat tast wel de rechtzekerheid aan,’ merkte één van de aanwezigen op. Zeker, zolang niet duidelijk is waar onze moraal vandaan komt. Zolang niet duidelijk is of er wel een moraal is die wij allen delen en wat die moraal inhoudt, betekent de toepassing van moraal in de rechtspraak rechtsonzekerheid. Wie zegt mij immers dat de rechter er niet een eigen moraal op nahoudt? En wanneer weegt de moraal zwaarder dan de wet? Had het geld ook van L. afgenomen mogen worden als hij de vrouw pas 10 jaar later had vermoord? Wanneer gaat de wet zwaarder wegen dan de moraal? Mijns inziens is deze discussie echter congruent aan de

¹⁴ Zie noot 2. Aangezien L. veroordeeld is, gaan we hier er van uit dat L. de weduwe inderdaad vermoord heeft.

discussie ten aanzien van mensenrechten en positief recht. Zodra de moraalbiologie zijn intrede doet in het recht zullen dergelijke afwegingen veelvuldig gemaakt worden en zal ook daar een weg in gevonden worden. Afwegingen die rechters nu ook al maken, maar verhuuld of onbewust, kunnen dan openlijk plaatsvinden. En juist dat komt de rechtszekerheid ten goede. Als burgers weten dat de rechter naast wettelijke overwegingen ook de menselijke moraal meeweegt, zullen zij niet verrast zijn als de rechter af en toe het beginsel van redelijkheid en billijkheid onderbouwt met deze moraal. Ondertussen krijgt de rechter een mogelijkheid om zijn intuïtie beter uit te leggen.

Rechtvaardigheid

Mag de rechter zijn verontwaardiging over de zaak mee laten spelen? Was de rechter die oprecht boos werd toen iemand stelde dat L. conform de wettelijke regels zijn geld had moeten houden wel geschikt als rechter? Mijn antwoord vanuit biologisch perspectief is volmondig 'ja'. Rechtspraak, zij het in een primitieve vorm, is zo oud als de mens. Een centrale rol van de rechter was nodig om de complexe samenleving op te bouwen zoals wij die kennen. Aanvankelijk moesten rechters het doen zonder regels. De rechter-priester kon de ingewanden van een dier gebruiken als legitimatie voor zijn intuïtie. Later kwamen er regels en wetten waar de rechter zijn intuïtieve oordeel aan kon en moest toetsen.¹⁵ Dat leverde een enorme verbetering van de kwaliteit van de rechtspraak op. De idee dat de rechter echter zonder zijn intuïtie en zonder een gemeenschappelijke moraal zou kunnen komen tot rechtvaardige beslissingen is, gegeven de biologische predisposities, een illusie. Juist de rechter die erkent dat er naast de wet ook een gemeenschappelijke menselijke moraal is, zal per definitie tot de meest rechtvaardige beslissing kunnen komen. Per definitie, omdat rechtvaardigheid vanuit biologisch perspectief inhoudt, dat ieder individu krijgt waar hij gezien zijn inspanningen voor de groep recht op heeft.¹⁶ Brosnan en De Waal deden een experiment met kapucijnerapen waarbij een groep apen fruit kreeg als ze daarvoor een kiezel inruilden. Vervolgens kregen andere apen fruit zónder dat ze een kiezel hoefden terug te geven. Het resultaat was dat de eerste groep niet meer wilde meewerken en ging smijten met de stenen.¹⁷ Ze voelden zich 'onrechtvaardig' behandeld en het resultaat was chaos. De apenmoraal is duidelijk: 'Als de een iets moet doen voor voedsel, dan mag dat ook van de ander verlangd worden'. Als een dergelijk gevoel ook bij apen bestaat, ligt het vanwege evolutionaire mechanismen voor de hand dat een dergelijk rechtvaardigheidsgevoel al aanwezig was ver voordat de mens ontstond. De gedachte is dan dat eigenschappen die chimpansees en mensen gemeenschappelijk hebben, op zijn minst in aanleg ook bij een gemeenschappelijke voorouder aanwezig waren.¹⁸ Een ander experiment maakt het idee van een diepere moraal die vermoedelijk alle mensen gemeen hebben wellicht duidelijker. Een chimpansee krijgt een bord met voedsel voorgeschoteld. Hij mag er lekker van eten. Vervolgens krijgt een andere chimpansee de mogelijkheid om het bord naar zich toe te trekken. De eerste aap kan dan niet meer bij zijn voedsel. Het voedsel is hem afgenomen door de tweede chimpansee. De eerste aap krijgt, joelt, wil de tweede aap ongetwijfeld een pak rammel verkopen maar kan er niet bij komen. Hij heeft echter wel de mogelijkheid gekregen om het bord in een gat te laten vallen. Daar maakt hij onmiddellijk gebruik van. Zo heeft ook de tweede chimpansee geen voedsel meer. Alle geteste chimpansees reageerden op dezelfde

¹⁵ Zie ook H. Gommer, 'Onbewuste denkprocessen maken motivering tot noodzaak', *Trema* 2007, p. 127-134.

¹⁶ D.L. Krebs, 'The Origin of Justice', in: J. Duntley & T.K. Shackelford (eds.), *Evolutionary Forensic Psychology*, Oxford: Oxford University Press 2007.

¹⁷ S.F. Brosnan & F.B.M. de Waal, 'Monkeys reject unequal pay', *Nature* 2003, p. 297-300.

¹⁸ Zie bijvoorbeeld R.W. Wrangham, 'Out of the Pan, Into the Fire', in: F.B.M. de Waal, *Tree of Origin*, Cambridge: Harvard University Press 2001.

wijze. Het onderliggende principe is duidelijk: diefstal mag niet lonen! Het lijkt erop dat dit fenomeen onlosmakelijk verband houdt met het in stand houden van een samenwerkingsverband.¹⁹ Bij samenwerken hoort dat iedereen zijn deel krijgt. Zo is bijvoorbeeld bij Rhesusapen vastgesteld dat apen die hun ontdekking van voedsel niet melden vaker worden aangevallen en uiteindelijk minder voedsel binnen krijgen dan apen die wel melden. Dat geldt voor zowel ondergeschikte als dominante apen.²⁰ Wij stammen niet van de chimpansee af, maar het feit dat dit mechanisme ook bij chimpansees aanwezig is, maakt het aannemelijk dat onze gemeenschappelijke voorouders al een ‘moreel’ principe hadden dat diefstal niet mag lonen.²¹ Het gevolg daarvan zou zijn dat mensen dit als gemeenschappelijke moraal kennen, al was het maar omdat zonder een dergelijke moraal de menselijke samenleving in gevaar komt. Het gevoel dat misdaad niet mag lonen zit dan zo diep in ons, dat het niet te ontkennen is. De verontwaardigde rechter toonde zo beschouwd zijn menszijn en daarmee zijn gevoel voor fundamentele menselijke waarden.

In het arrest van het hof werd de daad van L. veroordeeld als ‘stuitend voor het rechtsgevoel’. Deze motivering werd later niet overgenomen door de Hoge Raad. De laatste rationaliseerde het rechtsgevoel en greep de analogie met art. 6:2 lid 2 BW aan om het oordeel te rechtvaardigen. Toch zal men moeten erkennen, in elk geval vanuit biologisch perspectief, dat de motivering van de rechtbank de meeste duidelijkheid gaf. Dit vonnis gaf immers weer waardoor het oordeel van de rechters ten diepste was ingegeven. Annotator Luijten noemde zelfs letterlijk het beginsel ‘Crime does not pay’ en kwam tot de conclusie dat een andere uitslag inderdaad stuitend zou zijn geweest voor ons aller rechtsgevoel. Daarmee erkent ook Luijten impliciet dat het rechtsgevoel soms de wet kan breken.

Het rechtsgevoel dat zo fundamenteel is dat we het delen met apen, speelde ook in het rechterlijk oordeel een rol. Als mensen die de groepsregels aan hun laars lappen daar voordeel aan hebben, dan ontstaat chaos en dat betekent op termijn het einde van de groepssamenwerking.²² Het einde van de samenwerking betekent een gevaar voor het voortbestaan en de voortplanting van ieder individu in de groep. Niet alleen is een moordenaar een potentieel gevaar omdat hij groepsleden kan doden, maar hij is ook een gevaar voor het voortbestaan van de groep omdat de stabiliteit wordt ondermijnd. Als zo iemand het geld dat hij heeft bemachtigd mag houden en je moet daartoe beslissen als rechter, hoe zal de samenleving dan reageren? De samenleving die de rechter de bevoegdheid heeft gegeven om namens haar tot een afgewogen en bij voorkeur rechtvaardig oordeel te komen. De Hoge Raad gaf zo’n rechtvaardig oordeel, niet conform de letter van de wet, maar wel conform de lessen van de moraalbiologie.

Conclusie

Het arrest van de onwaardige deelgenoot zet rechtspositivistische denkers voor een dilemma. Hun rechtsgevoel zegt hen dat L. zijn geld niet mag houden, maar toepassing van de wet lijkt tot een andere uitkomst te leiden. Commentatoren rollen over elkaar heen om aan te geven welke beginselen van toepassing zouden moeten zijn, welke rationele constructies de Hoge Raad had kunnen of moeten toepassen om de motivering meer helder te maken. Deze

¹⁹ K. Jensen, J. Call & M. Tomasello, ‘Chimpanzees are vengefull but not spiteful’, *PNAS* 2007, 13046-13050. Het experiment is opgenomen in de film ‘Ape Genius’ van PBS Nova.

M.D. Hauser, *Moral Minds*, New York: Harper Collins Publishers 2006, p. 406.

²¹ De Waal noemt die het ‘Russian Doll Model’: F. de Waal, *Primates and Philosophers*, Princeton: Princeton University Press 2006, p. 39.

²² Idem, p. 52-54.

inspanningen hebben tot op heden niet tot een bevredigende oplossing geleid. In de commentaren mist de biologische factor van het recht, een factor die in ieder mens aanwezig is. Pas als deze factor wordt erkend en uitgewerkt, kan een volledig beeld ontstaan van alle achtergronden van deze uitspraak. Als we beseffen dat rechtvaardigheid een biologische component in zich heeft, kunnen we verklaren waarom de meeste mensen in deze zaak een keuze maken die ingaat tegen de wet. Dan ook wordt duidelijk waarom de meeste commentatoren zich buigen over de vraag hoe dit arrest het best gemotiveerd had kunnen worden, in plaats van over de vraag of dit arrest niet de rechtszekerheid en daarmee de rechtsorde op het spel zet. Het laatste werd door Lebesque aangestipt, maar ook hij komt uiteindelijk tot de conclusie dat, als L. de moordenaar is, de 'buit hem niet gegund is, hoewel hij daar naar de letter van de wet recht op heeft.'²³

Naschrift

Twee jaar geleden heb ik het begrip rechtsbiologie in Nederland geïntroduceerd.²⁴ Sindsdien heb ik verschillende lezingen over het onderwerp gehouden en telkens trad herkenning op bij de aanwezige rechters. De herkenning heeft inmiddels tot erkenning van het vak geleid aan de Universiteit van Tilburg. Dit cursusjaar kregen excellente rechtenstudenten voor het eerst een cursus rechtsbiologie aangeboden.²⁵ Naar mijn stellige overtuiging zal het vak in de toekomst veel rechtsvraagstukken kunnen verhelderen, waar men met rechtspositieve overwegingen geen antwoord op kan geven. Te lang is in het recht volgehouden dat de rechtswetenschap bestudeerd kan worden alsof het zich ergens buiten het rechtsgevoel van de mens afspeelt, maar bij recht en rechtspraak staan individu en groep centraal. De wet is een medium waardoor de groepsbelangen en zo ook de individuele belangen gewaarborgd blijven. Een medium dat uit de mens zelf is voortgekomen.

²³ V. Lebesque, 'Rechter mag moordenaar van eigendom beroven', *De Volkskrant* 28-9-1991.

²⁴ H. Gommer, 'Het onlosmakelijk verband tussen recht en biologie', *NJB* 2007, p.442-447.

²⁵ Het vak kreeg van de studenten een zeer hoge waardering. Naar alle waarschijnlijkheid zal de cursus daarom vanaf 2010 ook toegankelijk zijn voor externe geïnteresseerden.